

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kasus Posisi Putusan Nomor : 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg

Kasus tentang penetapan hak hadhonah kepada bapak anak yang belum Mumayyiz karna ibu berstatus Murtad dalam putusan Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg yang telah Diajukan surat gugatan cerai talak dan hadhonah kepada Pengadilan Agama Kota Malang Tertanggal 28 Juni 2012 oleh Pemohon (36 tahun) dengan Nomor Register 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg dan dijatuhkan putusan berdasarkan musyawarah Majelis Hakim pada tanggal 31 Juli 2012 bertepatan dengan tanggal 11 Ramadhan 1433 H dan Putusan tersebut telah mempunyai kekuatan hukum tetap sejak tanggal 28 Agustus 2012.

Pihak-pihak yang berperkara adalah **Pemohon**, umur 35 tahun, agama Islam, pekerjaan swasta, bertempat tinggal Kec.Blimbing, Malang dan Termohon umur 36 tahun, agama Kristen, pekerjaan ibu rumah tangga, bertempat tinggal jalan Riverside E-387, RT/RW: 04/05, Kel.Balearjosari, Kec. Blimbing, Malang.

Selanjutnya **Termohon**, umur 36 tahun, agama Kristen, pekerjaan ibu rumah tangga, bertempat tinggal jalan Riverside E-387, RT/RW:04/05, Kel. Balearjosari, Kec.Blimbing, Malang

1. Tentang Duduk Perkara Pemohon dalam surat putusan tersebut diantaranya adalah:

Bahwa Penggugat dalam surat gugatannya tertanggal 28 juni 2012 telah mengajukan cerai talak dan hak hadhonah, yang didaftarkan diPengadilan

Agama Malang dengan nomor perkara: 1137/Pdt.G/2012.PA.Mlg, tanggal 28 juni 2012:

1. Pemohon dan Termohon telah melaksanakan pernikahan pada tanggal 03 Oktober 2002, hal ini dibuktikan dengan Kutipan Akta Nikah yang dikeluarkan oleh Kantor Urusan Agama Kecamatan Gubeng Surabaya;
2. Bahwa dari perkawinan tersebut telah lahir satu orang anak laki-laki yaitu: ANAK PENGGUGAT DAN TERGUGAT, pada tanggal 10 Maret 2011 di rumah sakit ibu dan anak MELATI HUSADA Malang. Setelah perkawinan dari tahun 2002 s/d 2008 keduanya mengontrak di jalan P.Sarangan Bali, karena Pemohon bekerja disana;
3. Pada tahun 2008 s/d 2009 keduanya kembali bekerja di Kota Malang dan mengontrak rumah yang sekarang ditempati bersama di Riverside E No. 387 Malang Pada tahun 2010 rumah yang semula di kontrak bisa dibeli dengan mengambil KPR di BRI Syariah dan akan lunas tahun 2020;
4. Bahwa semula Termohon beragama Kristen, tetapi sebelum pernikahan menyatakan ikrar masuk Islam dan mengucapkan dua kalimat syahadat;
5. Bahwa belum satu tahun perkawinan Termohon menyatakan keinginannya untuk kembali keagama semula (Kristen). Kartu identitas berupa KTP juga sudah berganti menjadi Kristen;

6. Bahwa semula Pemohon tidak mengerti bahwa dengan murtadnya Termohon, berakibat bahwa hubungan suami isteri menjadi zinah, dan itu baru diketahui setelah pindah ke Malang, dan sejak itu sering timbul pertengkaran karena Pemohon berusaha agar Termohon kembali kepada agama Islam, namun tidak berhasil;
7. Bahwa puncak pertengkaran itu terjadi pada bulan Oktober tahun 2011, yang mengakibatkan Pemohon dan Termohon tidak tegur sapa, sudah pisah kamar dan tidak melakukan hubungan suami isteri sejak itu;
8. bahwa demi masa depan anaknya ANAK PENGUGAT DAN TERGUGAT (16 bulan) Pemohon menginginkan hak asuh anak dibawa asuhan Pemohon karena dikhawatirkan apabila ikut Termohon anak akan menjadi NON MUSLIM (KRISTEN);
9. bahwa Pemohon dan Termohon pada tahun 2011 akan mengurus KTP Malang dan hal itu sudah mendapatkan surat pengantar dari ketua RT dan RW setempat tetapi karena terbentur dengan perselisihan terus menerus maka pengurusan itu belum terlaksana sampai dengan sekarang;

2. Primer :

Dalam gugatan yang diajukan oleh pemohon, pemohon meminta Majelis Hakim Pengadilan Agama Kota Malang untuk: Mengabulkan permohonan dari Pemohon untuk seluruhnya, Memberikan ijin kepada Pemohon untuk mengucapkan ikrar talak satu kepada Termohon,

Memutuskan perkawinan antara Pemohon dan Termohon karena perceraian Menetapkan bahwa satu orang anak laki-laki yaitu: anak Pemohon dan anak Termohon (16 bulan) ada dibawah asuhan Pemohon, Pemohon bersedia menanggung segala biaya yang timbul dengan adanya kasus ini, dan mohon Majelis Hakim Yang Terhormat memutus dengan seadil-adilnya.

3. Subsider

Bahwa pada hari persidangan yang telah ditentukan, Pemohon hadir dipersidangan namun Termohon tidak hadir dipersidangan sekalipun telah dipanggil dengan patut dan tidak menyuruh orang lain untuk hadir sebagai wakil / kuasanya, meskipun menurut berita acara telah dipanggil Juru Sita pada tanggal 09 Juli 2012 dan 19 Juli 2012 yang dibacakan dipersidangan, dan tidak ternyata bahwa tidak hadirnya tersebut disebabkan suatu halangan yang sah. Selanjutnya persidangan dilanjutkan tanpa hadirnya Termohon, lalu oleh Ketua Majelis diupayakan kearah perdamaian namun tidak berhasil, kemudian dibacakan surat permohonan Pemohon yang isinya tetap dipertahankan oleh Pemohon.

Bahwa untuk menguatkan dalil-dalil permohonan, Pemohon mengajukan alat bukti berupa :

a. Surat :

1. Fotokopi Kutipan Akta Nikah yang dibuat Pegawai Pencatat Nikah pada Kantor Urusan Agama Kecamatan Gubeng Kota

Surabaya Nomor: tanggal 03 Oktober 2002, bermaterai cukup dan fotokopi tersebut telah dicocokkan telah sesuai dengan aslinya

2. Fotokopi Kartu Tanda Penduduk atas nama Termohon Nomor: 3578084910760001 tanggal 07 Oktober 2009, bermaterai cukup dan fotokopi tersebut telah dicocokkan telah sesuai dengan aslinya
 3. Fotokopi Surat Pengantar Untuk Mengurus Surat Domisili atas nama Pemohon Nomor: 165/RT.04/RW.05/IX/2011 tanggal 04 Oktober 2011, bermaterai cukup dan fotokopi tersebut telah dicocokkan telah sesuai dengan aslinya
 4. Fotokopi Surat Pengantar Untuk Mengurus Surat Domisili atas nama Termohon Nomor: 166/RT.04/RW.05/IX/2011 tanggal 04 Oktober 2011, bermaterai cukup dan fotokopi tersebut telah dicocokkan telah sesuai dengan aslinya
 5. Fotokopi Keterangan Lahir dari Rumah Sakit Ibu dan Anak Melati Husada, bermaterai cukup dan fotokopi tersebut telah dicocokkan telah sesuai dengan aslinya
- b. Saksi-Saksi
1. Saksi I, umur 50 tahun, agama Islam, Pekerjaan swasta, tempat tinggal di Kabupaten Malang, atas pertanyaan Ketua Majelis memberi keterangan dibawah sumpahnya sebagai berikut;
 2. Saksi II, umur 38 tahun, agama Islam, Pekerjaan ibu rumah tangga, tempat tinggal di Kabupaten Malang, atas pertanyaan

Ketua Majelis memberi keterangan dibawah sumpahnya sebagai berikut;

3. Bahwa saksi-saksi kenal dengan Pemohon dan Termohon karena saksi adalah paman Pemohon dan bibi Pemohon;
4. Bahwa Pemohon dan Termohon adalah suami isteri yang sah dan telah dikaruniai seorang anak;
5. Bahwa setelah menikah Pemohon dan Termohon tinggal bersama di rumah kontrakan dan terakhir di rumah bersama;
6. Bahwa semula rumah tangga Pemohon dengan Termohon berjalan baik, rukun dan harmonis. Kemudian antara Pemohon dan Termohon sering terjadi perselisihan dan pertengkaran karena berbeda keyakinan, Termohon yang sebelum menikah dengan Termohon beragama Kristen kemudian sebelum menikah dengan Pemohon masuk Islam, tetapi setahun setelah menikah Termohon kembali lagi memeluk agama Kristen;
7. Bahwa antara Pemohon dan Termohon sudah pisah ranjang selama kurang lebih 1 tahun hingga sekarang;
8. Bahwa saksi sudah berusaha untuk menasehati akan tetapi tidak berhasil;

Menimbang bahwa atas keterangan saksi-saksi tersebut, Pemohon menyatakan tidak keberatan dan menerimanya dan pada akhirnya Pemohon menyatakan sudah tidak mengajukan sesuatu apapun dan mohon putusan maka untuk mempersingkat segala hal ihwal selama persidangan, maka

ditunjuk berita acara tersebut sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari putusan ini.

4. Tentang Pertimbangan Hukumnya

Menimbang, bahwa perkara ini adalah termasuk kewenangan Pengadilan Agama Malang, dan telah diajukan sesuai ketentuan perundang-undangan yang berlaku, maka secara formil dapat diterima;

Menimbang bahwa berdasarkan bukti Kutipan Akta Nikah yang dibuat Pegawai Pencatat Nikah pada Kantor Urusan Agama Kecamatan Gubeng Kota Surabaya tanggal 03 Oktober 2002 bukti (P.1) dapat dikatakan terbukti bahwa antara Pemohon dan Termohon masih terikat dalam ikatan perkawinan yang sah dan telah dikaruniai seorang anak ;

Menimbang, bahwa Majelis Hakim telah berusaha mendamaikan dengan cara menasehati Pemohon agar rukun lagi dengan Termohon, akan tetapi tidak berhasil;

Menimbang, bahwa Pemohon mengajukan permohonan cerai talak dengan alasan semula rumah tangga Pemohon dengan Termohon berjalan baik, rukun dan harmonis, namun belum satu tahun perkawinan Termohon menyatakan keinginannya untuk kembali keagama semula (Kristen) dan KTP Pemohon sudah berganti menjadi Kristen. Semula Pemohon tidak mengerti bahwa dengan murtadnya Termohon, berakibat bahwa hubungan suami isteri menjadi zinah, dan itu baru diketahui setelah pindah ke Malang, dan sejak itu sering timbul pertengkaran karena Pemohon berusaha agar Termohon kembali kepada agama Islam, namun tidak berhasil. Puncak pertengkaran itu

terjadi pada bulan Oktober tahun 2011, yang mengakibatkan Pemohon dan Termohon tidak tegur sapa, sudah pisah kamar dan tidak melakukan hubungan suami isteri sejak itu;

Menimbang, bahwa Termohon tidak hadir menghadap dipersidangan dan tidak pula menyuruh orang lain untuk hadir sebagai wakil / kuasanya meskipun telah dipanggil secara patut dan resmi maka Majelis Hakim berkesimpulan bahwa Termohon telah mengakui sepenuhnya secara murni dan bulat dalil – dalil Pemohon;

Menimbang, bahwa dalam perkara ini Termohon telah dipanggil secara sah dan patut, namun sampai perkara ini diputus Termohon tidak pernah hadir, ketidak hadiran Termohon dipersidangan setelah dipanggil patut tersebut dianggap tidak hendak membantah dalil-dalil yang dikemukakan Pemohon, oleh karenanya sesuai pasal 125 HIR perkara ini dapat diputus tanpa hadirnya Termohon (*verstek*);

Menimbang, bahwa dalam persidangan Pemohon telah memberikan keterangan dan telah pula meneguhkan dalil-dalil permohonannya dengan mengajukan bukti-bukti sebagaimana tersebut diatas;

Menimbang bahwa guna menguatkan dalil permohonannya Pemohon telah mengajukan alat bukti berupa surat dan menghadirkan dua orang saksi masing-masing SAKSI I dan SAKSI II. keduanya telah memberikan keterangan dibawah

sumpahnya yang pada pokoknya keduanya mengetahui bahwa antara Pemohon dengan Termohon sering bertengkar yang disebabkan karena

berbeda keyakinan, Termohon yang sebelum menikah dengan Termohon beragama Kristen kemudian sebelum menikah dengan Pemohon masuk Islam, tetapi setahun setelah menikah Termohon kembali lagi memeluk agama Kristen;

Menimbang, bahwa setelah Majelis mendengar keterangan Pemohon yang dihubungkan dengan keterangan saksi - saksi sebagaimana terurai diatas, Majelis telah menemukan fakta bahwa Pemohon dan Termohon sebagai suami isteri sudah tidak lagi memiliki ikatan bathin yang kokoh, bahkan antara Pemohon dan Termohon sudah pisah ranjang selama kurang lebih 1 tahun hingga sekarang, padahal ikatan bathin dalam suatu perkawinan merupakan unsur yang penting untuk dapat mengikat kekalnya kehidupan rumah tangga;

Menimbang bahwa meskipun demikian, perpecahan rumah tangga Pemohon dengan Termohon masih ada peluang untuk rujuk lagi sebagaimana Firman Allah S.W.T dalam Al-Qur'an Surat Al -Baqoroh ayat 229 yang berbunyi:

لَا طَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ إِذَا هُمُ التَّابَ عَزُوفٍ أَوْ تَسَنَّى حُبَّ إِحْمَانٍ

Artinya : “Talak (yang dapat dirujuk) dua kali, setelah itu boleh dirujuk lagi dengan cara yang makruf atau menceraikan dengan cara yang baik ”

Menimbang, bahwa dengan telah terbuktinya dalil permohonan Pemohon, maka tujuan perkawinan sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 3 kompilasi Hukum Islam ikatan perkawinan antara Pemohon dan Termohon sulit dapat diwujudkan;

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan pertimbangan tersebut, maka permohonan Pemohon telah memenuhi rumusan pasal 70 Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 Jo. Pasal 19 (f) dan pasal 22 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 serta pasal 116 (f) Kompilasi Hukum Islam, permohonan Pemohon telah cukup alasan untuk bercerai karena tidak bertentangan dengan hukum, maka permohonan Pemohon harus dikabulkan dengan Putusan Verstek;

Menimbang, bahwa dalam permohonannya Pemohon juga memohon kepada Pengadilan Agama untuk menetapkan hak asuh anak yang bernama Anak Pemohon dan Termohon, umur 16 bulan diberikan kepada Pemohon;

Menimbang, bahwa Kompilasi Hukum Islam pasal 105 huruf (a) menentukan dalam hal terjadinya perceraian: pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Ketentuan tersebut akan berlaku mutlak apabila dalam kondisi normal, yaitu bilamana ibu dari anak tersebut seorang muslimah yang baik yang dapat diharapkan membentuk kepribadian dan akhlak yang baik serta menjadi anak yang soleh. Namun bila ibu dari anak tersebut bukan seorang muslimah, maka sangat diragukan untuk dapat membimbing dan mendidik anak tersebut nantinya menjadi anak yang soleh, oleh karenanya ketentuan pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam tidak lagi mengikat dan dapat berubah berdasar illat hukumnya demi kemaslahatan anak tersebut. Hal mana sesuai dengan kaidah fiqhiyah Yang Artinya “Hukum dapat berubah sesuai *illat* hukumnya”;

Menimbang, bahwa Majelis Hakim telah mempertimbangkan dalil-dalil maupun alasan Pemohon akan menceraikan Termohon, dimana dalam pertimbangan permohonan cerai Pemohon telah terbukti bahwa retaknya ikatan perkawinan Pemohon dan Termohon tersebut karena berbeda keyakinan, dimana Termohon yang sebelum menikah dengan Pemohon beragama Kristen, kemudian masuk Islam dan menikah dengan Termohon. Akan tetapi setahun setelah menikah Termohon kembali lagi ke agama Kristen. Oleh karenanya dapat disimpulkan bahwa Termohon sebagai ibu dari anaknya telah nyata telah murtad dan kembali ke agama Kristen, maka Termohon sangat diragukan untuk dapat membimbing, mengarahkan dan mendidik anaknya tersebut yang nantinya menjadi anak yang soleh yang taat kepada agama Islam;

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut maka Majelis Hakim berkesimpulan bahwa permohonan Pemohon tentang hak pemeliharaan anak Pemohon dan Termohon tersebut beralasan hukum dan patut dikabulkan Menimbang bahwa berdasarkan ketentuan pasal 89 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, maka biaya perkara harus dibebankan kepada Pemohon;

5. Putusan Hakim

Majelis Hukum Pengadilan Agama Kota Malang menjatuhkan putusan terhadap perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg ini, sebagaimana tersebut dengan amar berbunyi dibawah ini:

1. Menyatakan bahwa Termohon yang telah dipanggil secara patut untuk menghadap di persidangan tidak hadir
2. Mengabulkan permohonan Pemohon dengan verstek
3. Memberikan ijin kepada Pemohon (PEMOHON) untuk menjatuhkan talak satu kepada Termohon (DITA AKTAVIANI binti MITRA DASMAN)
4. Menetapkan, bahwa Pemohon (PEMOHON) sebagai pemegang hak hadlanah (pemeliharaan) terhadap anaknya bernama ANAK PENGGUGAT DAN TERGUGAT, umur 16 bulan
5. Membebankan Pemohon untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 291.000,- (dua ratus sembilan puluh satu ribu rupiah)

B. Diktum Putusan Hakim Dalam Memutuskan Perkara Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg

1. Ditinjau Dari Perspektif Asas Keadilan

Dalam putusan perkara Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, Majelis Hakim telah berusaha memberikan keadilan dalam hal penetapan hak asuh bagi anak yang belum mumayyiz kepada bapak. Pada hakikatnya istri atau ibu bertugas untuk mengatur rumah, keuangan serta kesehatan keluarga serta menjaga dan mendidik anaknya terutama anak yang belum dewasa. sedangkan suami atau bapak adalah kepala keluarga seperti di dalam undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang hak dan kewajiban suami dan istri Pasal 31 undang-undang perkawinan. Dimana tugas seorang suami atau bapak adalah memberikan rasa aman, melindungi istri dan anaknya, memberikan nafkah, serta memberikan rasa kasih sayang kepada istri dan anaknya.

Tidak boleh dilupakan bahwa kewajiban hakim yang tercantum dalam pasal 28 Undang-undang RI No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sebagai “wakil Tuhan”, hakim mempunyai wewenang untuk membuat hukum, yang biasa disebut “*Judge made Law*”.⁸⁹

Memang keadilan merupakan tujuan pokok Peradilan Agama, yaitu menyelenggarakan peradilan agama, menegakkan hukum dan keadilan.

Sebagaimana diketahui tujuan hukum dalam kaidah-kaidah hukum, yaitu:

1. Hukum melindungi kebebasan setiap warga negaranya
2. Setiap warga negara harus diperlakukan sama dihadapan hukum

⁸⁹ Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, (Yogyakarta ;Liberty, 1984), h.16

3. Hukum harus menegakkan kebenaran dan rasa keadilan dalam kehidupan masyarakat.

Adil pada hakekatnya bermakna menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan kepada siapa saja apa yang menjadi haknya, yang didasarkan pada suatu asas bahwa semua orang sama kedudukannya dimuka hukum (equality before the law). Penekanan yang lebih cenderung kepada asas keadilan dapat berarti harus mempertimbangkan hukum yang hidup dimasyarakat, yang terdiri dari kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis.

Dari pengertian adil tersebut, hakim mempunyai tugas untuk menegakan keadilan. Dimana sesuai dengan kepala putusan yang berbunyi: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ “Demi Keadilan berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa”. Begitu juga dalam memutuskan putusan No.1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg tentang Hadhonah anak yang belum mumayyiz diberikan kepada bapak karena ibunya murtad.

Bahwa putusan ini adalah putusan cerai talak dengan alasan istri murtad dan tidak ada lagi keharmonisan dalam rumah tangga bahkan sudah tidak menjalani sebagaimana mestinya suami istri selama satu tahun. Pada awalnya rumah tangga keduanya harmonis, setelah pemohon menyadari bahwa dengan murtadanya termohon menjadikan hubungan mereka menjadi zinah. Dari situlah sering timbul pertengkaran, karna pemohon berusaha agar termohon kembali kepada agama islam namun tidak pernah berhasil.

Pemohon sebagai ayah juga meminta hak asuh anaknya berada di dalam asuhnya, dengan alasan dikhawatirkan apabila ikut termohon anak akan mengikuti agama termohon (ibunya). Sedangkan anaknya masih berumur 16 bulan yang sekiranya masih membutuhkan Termohon sebagai ibunya untuk memberikan asi dan kasih sayang seorang ibu.

Berdasarkan pendapat hakim, mengatakan bahwa sebagai salah satu dasar pertimbangan hakim dalam menetapkan *hadhanah* dalam perkara No.1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg ialah merujuk pada Kompilasi Hukum Islam pasal 105 huruf (a) menentukan dalam hal terjadinya perceraian: pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Ketentuan tersebut akan berlaku mutlak apabila dalam kondisi normal, yaitu bilamana ibu dari anak tersebut seorang muslimah yang baik yang dapat diharapkan membentuk kepribadian dan akhlak yang baik serta menjadi anak yang soleh. Namun bila ibu dari anak tersebut bukan seorang muslimah, maka sangat diragukan untuk dapat membimbing dan mendidik anak tersebut nantinya menjadi anak yang soleh, oleh karenanya ketentuan pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam tidak lagi mengikat dan dapat berubah berdasar illat hukumnya demi kemaslahatan anak tersebut.⁹⁰

Penulis berpendapat bahwa, kekhawatiran majelis hakim mengenai agama anak jika diasuh oleh ibunya sudah memenuhi asas keadilan, hal itu dikarenakan sudah jelas dan terang dalam pemeriksaan persidangan

⁹⁰ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Lukman MH., di Pengadilan Agama Kota Malang pada tanggal 25 Januari 2017

ditemukan perbedaan agama dari kedua orang tua anak, menurut penulis bahwa anak hasil perkawinan Islam dianggap sebagai anak Islam dan wajib menjamin perlindungan anak dalam memeluk agamanya, hak anak merupakan hal terpenting yang harus diperhatikan guna tumbuh kembang anak secara baik tanpa memandang status agama ibunya yang kembali ke agama asalnya.

Adapun alasan di atas dilatar belakangi oleh beberapa faktor sebagai berikut :

1) Faktor kasih sayang ;

Tanpa mengurangi bahwa ayah juga menyayangi anak, namun secara alamiah dan kudrati di manapun dan sejak kapanpun, ibu jauh lebih mampu mengembangkan kasih sayang dan kelembutan kepada anak dibanding ayah.

2) Faktor kemanusiaan (humanity) ;

Ditinjau dari segi kemanusiaan (*humanity*), sangat menyayat hati nurani apabila anak yang masih kecil harus ditarik, dipisahkan dan dijauhkan dari pangkuan ibu kandungnya, terlebih jika anak tersebut masih harus menyusui (mendapatkan ASI) ibunya.

Dari wawancara tersebut mempertimbangkan suatu pertimbangan hukum, sebagai berikut:

1. Mengenai penafsiran Hakim atas pasal 156 huruf a KHI, bahwa dengan jatuhnya pengasuhan ke ayah, tidak boleh menghapuskan hak dan kewajiban pihak ibu untuk tetap menjaga dan mendidik

anak demi kelangsungan kepentingan terbaik anak. Jika hal tersebut terjadi maka pihak yang dirugikan dapat mengajukan gugatan ke pengadilan.

2. Bahwa yang dimaksud dengan “hak dan kewajiban yang sama” adalah bukan dalam arti apa yang harus diterima pihak ayah harus juga diterima pihak ibu dalam hal ini mengenai pengasuhan.
3. Pihak ibu yang dalam hal ini kehilangan hak asuh terhadap anaknya tetap boleh mencurahkan kasih sayangnya terhadap anak. Bagaimanapun anak itu juga masih berumur 16 bulan Tahun sehingga kasih sayang ibu masih sangat dibutuhkan anak. Tinggal bagaimana kesepakatan antara kedua belah pihak untuk mengaturnya.

2. Ditinjau Dari Perspektif Asas Kemanfaatan

Mengenai perkara di dalam putusan No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, penulis berpendapat bahwa penerapan hukum yang Majelis Hakim gunakan dalam memutus perkara hak asuh anak lebih menekankan prinsip kemaslahatan baik untuk anak maupun kedua orang tua, karena dalam pengasuhan anak itu yang lebih diutamakan ialah kepentingannya, bukan kepada hak yang dimiliki oleh orang tuanya, walaupun di dalam Undang-undang dan nash Al-Qur'an menyatakan bahwa hak asuh anak merupakan hak ibunya, karena hakikatnya seorang ibu cenderung lebih memiliki sifat kasih sayang dan lemah lembut, serta mampu untuk merawat, menjaga,

membimbing, dan mendidik anak daripada seorang ayah.⁹¹ Namun kedua orang tua tetap berkewajiban untuk memenuhi hak anak-anaknya, baik ketika orang tua masih dalam ikatan perkawinan ataupun sudah bercerai, dan diwajibkan bagi keduanya secara bersama-sama memikul tanggung jawab dalam mengasuh anak, mendidik dan memeliharanya. Akan tetapi hak itu bisa saja dicabut (*ontzet*) atau hak orang tua itu dibebaskan (*ontheven*) oleh hakim karena sesuatu alasan.⁹² Seperti halnya apabila kedua orang tuanya telah berbuat lalai atau tidak mampu untuk merawat dan menjaga anaknya, maka hak asuh anak tersebut oleh pengadilan yang berwenang dalam memutus hal ini dapat dicabut dan dijatuhkan kepada pihak yang memiliki hak asuh anak oleh Peraturan Perundang-undangan. Sebagaimana dijelaskan dalam pasal 49 Undang-undang No. 1 tahun 1974, disebutkan bahwa apabila salah seorang atau kedua orang tuanya telah melalaikan kewajibannya terhadap anak dan berkelakuan buruk, maka pengadilan agama berhak untuk mencabut kekuasaan atas pengasuhan anak dari kedua orang tuanya atau dari salah satunya. Didukung dengan pasal 156 huruf (c) Kompilasi Hukum Islam yang menyebutkan, “apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula.”

⁹¹ Huzaemah Tahido Yanggo, *Fiqh Anak*, Cet.1, (Jakarta: PT.Al-Mawardi Prima, 2004),h. 102

⁹² Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermasa, 2003), Cet. 31, h. 50

Pada hakikatnya sang ibu selaku Termohon yang mempunyai hak asuh terhadap anak-anaknya yang belum mumayyiz. Akan tetapi karena adanya perselisihan mengenai hak asuh anak yang terjadi antara Termohon dan Pemohon yang disebabkan oleh perbedaan agama, sehingga menimbulkan perebutan hak asuh anak bagi kedua orang tuanya. Menurut penulis dalam pertimbangan hukum pada putusan tersebut, majelis hakim telah menjatuhkan hak asuh anak kepada Pemohon (ayah) bukan kepada Termohon (ibu). Hal ini disebabkan oleh kekhawatiran Pemohon terhadap pengaruh agama yang dianut Termohon dalam mengasuh anaknya, terutama anak kecil yang lebih cepat ikut terpengaruh dengan perilaku- perilaku yang dikerjakan orang tuanya. Jadi faktor agama Termohon menjadi salah satu penghalang untuk hadhin (yang mengasuh anak) dalam masalah pengasuhan anak.

Meskipun pada kenyataannya di dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam ataupun Undang-undang lainnya tidak disebutkan secara jelas mengenai syarat-syarat pengasuhan anak seperti agama pengasuh. Bahwa menurut penulis seorang hakim tidak hanya berpacu atau menggunakan hukum pada Undang-undang saja, melainkan dengan sumber hukum lainnya termasuk salah satunya yaitu mengacu pada literatur fiqih, dimana telah termuat syarat-syarat bagi yang melakukan *hadhanah* diantaranya: harus berakal sehat, dewasa, mampu mendidik, amanah, beragama Islam, merdeka, dan belum menikah lagi. Oleh karena itu apabila syarat-syarat seorang pengasuh tidak terpenuhi salah satunya, termaksud

agama yang dianut oleh orang tua, maka gugurlah kebolehan untuk mengasuh anak.⁹³

Setelah penulis melakukan wawancara dengan ketua majelis hakim yang memutus perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg beliau menyatakan bahwa Termohon (ibu) tidak diberi kewenangan untuk mengasuh anak, disebabkan karena murtadnya Termohon (ibu) dengan alasan bahwa keberadaan ibu sebagai orang yang dekat dengan anak dan sekaligus memberikan pelajaran agama sebagai pondasi dalam kehidupan anak untuk masa yang akan datang. Karena faktanya kelahiran anak tersebut telah menganut agama Islam sedangkan ibunya berbeda agama dengan anak tersebut. Sehingga tidak patut diberi kewenangan secara keseluruhan apabila dalam pertimbangan hukum majelis hakim menetapkan pelimpahan hak asuh anak diberikan kepada ibu yang murtad, karena pada realitanya posisi ayah kandung dapat mengambil alih untuk mengasuh, mendidik, dan membiayai anak serta membimbing dalam beragama sebab sang ayah masih dalam kondisi beragama Islam.⁹⁴

Dalam hal ini penulis sependapat dengan putusan yang diputuskan oleh Majelis Hakim di Pengadilan Agama Kota Malang, bila dilihat sudah memutus perkara tersebut dengan tepat dan sudah memenuhi rasa keadilan serta kemaslahatan bagi anak. Akan tetapi hal tersebut telah terjadi ketidaksesuaian antara peraturan dalam pasal 105 huruf (a) dan 156 huruf (a)

⁹³ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah*, Terj. Moh. Thalib, (Bandung: PT. Al-Ma'arif, 1983), Cet. 2, Jilid 8, h. 165

⁹⁴ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Lukman MH., di Pengadilan Agama Kota Malang pada tanggal 25 Januari 2017

Kompilasi Hukum Islam dengan amar putusan yang hakim putus tersebut, sebagaimana disebutkan dalam pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam, yang menyebutkan dalam hal terjadinya perceraian, “pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.” Kemudian di dalam pasal 156 huruf (a) juga telah menjelaskan hal seperti itu, bahwa anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan pengasuhan dari ibunya. Tetapi di dalam amar putusan tersebut majelis hakim terlihat tidak hanya terpaku pada aturan yuridis saja, namun juga mempertimbangkan dari fakta empirik yang ada serta melihat dan menggali nilai-nilai atau norma-norma hukum yang hidup di masyarakat agar tercipta kemaslahatan umum. Hal ini dikuatkan juga dari hasil wawancara penulis dengan bapak hakim Drs. Lukman Hadi, SH., MH, beliau menjelaskan sebagaimana yang sudah di paparkan di atas, bahwa seorang hakim tidak hanya berpacu pada Undang-undang, namun juga dengan cara menggali hukum yang terdapat ditengah lingkungan masyarakatnya.⁹⁵

Menurut penulis walaupun pada kenyataanya seorang hakim dalam bidang hukum perdata itu bersifat pasif, namun maksud pasif disini menurut Sudikno Mertokusumo,⁹⁶ bahwa hakim tidak boleh menentukan secara luas dari pokok sengketa, dan hakim tidak boleh menambahkan atau menguranginya. Karena seorang hakim terikat pada peristiwa yang menjadi sengketa yang diajukan oleh pihak, maka para pihaklah yang diwajibkan

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Sudikno Mertokusumo, Hukum Acara Perdata Indonesia, (Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2006), Ed. 7, Cet. 1, h. 13

untuk membuktikan dan bukan hakim, asas ini disebut *Verhandlungsmaxime*. Akan tetapi hal itu tidak berarti bahwa hakim sama sekali tidak aktif dalam menggali hukum, karenanya selaku pimpinan sidang hakim harus aktif memimpin pemeriksaan dan harus berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya keadilan.

Oleh karena itulah hakim boleh saja menerobos apa yang ada di dalam ketentuan Undang-undang, karena hakim bukan hanya sebagai corong undang-undang. Adapun yang penulis teliti juga mengenai hal tersebut, bahwa dari hasil wawancara penulis dengan hakim Pengadilan Agama Kota Malang menyatakan bahwa hak *hadhanah* merupakan hak ibu karena di dalam ketentuan yuridis formilnya menyebutkan hak asuh anak dibawah 12 tahun itu adalah hak ibunya, namun maksud pernyataan di atas tidak berlaku secara keseluruhan, artinya jika terdapat hal-hal buruk yang dapat dikategorikan bisa mempengaruhi hak pengasuhan anak maka itu bisa dikesampingkan dari ketentuan pengasuhan itu sendiri.⁹⁷

Dalam hal ini penulis sangat setuju dengan pendapat hakim seperti itu, karena apabila hakim hanya berpaku pada satu pasal tersebut maka hukum tidak akan seimbang atau tidak terpenuhinya tujuan hukum, yang mana tujuan hukum itu sendiri terdiri dari keadilan (*validitas filosofis*), kemanfaatan (*validitas sosiologis*), dan kepastian hukum (*validitas yuridis*). Oleh karena itu dalam kasus hak *hadhanah* yang ternyata Pengugat (ibu) tidak sama sekali mendapatkan hak mengasuh dari kedua anaknya tersebut. Maka

⁹⁷ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Lukman Hadi, SH.,MH. di Pengadilan Agama Kota Malang pada tanggal 25 Januari 2017

menurut penulis di dalam putusan ini sudah dikatakan tepat jika hak asuh anak itu diberikan kepada Pemohon (ayah), karena dari pertimbangan hukum Majelis Hakim yang memutus perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg di Pengadilan Agama Kota Malang dapat terlihat dalam putusannya sudah memenuhi tujuan dari penegakan hukum yaitu tidak mendholimi hak yang dimiliki oleh anak yang dilahirkan dalam keadaan muslim. Tidak mendholimi dalam hal ini dimaknai memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya. Sehingga tuntutan atas hak yang para pihakuntut dapat terpenuhi sesuai dengan keadilan dilihat dari sudut pandang semua pihak, terutama Pemohon (ayah) yang ingin melindungi kehidupan keagamaan anak-anaknya sekaligus memiliki kemampuan untuk merawat dan menjaganya.

Dari sini dapat dibuktikan bahwa penerapan hukum yang Majelis Hakim gunakan dalam memutus perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg dan Hakim lainnya, dalam hal menangani perkara *hadhanah* ternyata memerlukan pengetahuan hukum Islam yang sangat luas dan harus memenuhi tujuan hukum yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukumnya. Apabila Majelis Hakim hanya menguasai hukum materil dalam perundang-undangan dapat dikatakan masih belum mencukupi, karena besar kemungkinan akan sulit menemukan keadilan hukum yang sesuai dengan prinsip Islam. Kemudian setelah penulis melakukan wawancara dengan majelis hakim, penulis menemukan titik persamaan pendapat mengenai tujuan hukum dalam perkara *hadhanah*, bahwa hakimnya menyatakan walaupun tujuan hukumnya bertentangan dengan Undang-undang, akan tetapi hal tersebut bisa

dikesampingkan karena hukum itu bertujuan untuk kemaslahatan terutama kemaslahatan anak dalam pengasuhan orang tuanya. Selama hukum itu terdapat kemaslahatan maka disitulah hukum itu boleh diterapkan, dan hakim tidak perlu takut bertentangan atau berlawanan dengan Undang-undang, karena hakim bukan hanya sebagai corong Undang-undang melainkan hakim ialah corong keadilan dan pembuat Undang-undang atau yang disebut jugde made law.⁹⁸

Oleh karena itu prinsip hukum yang digunakan hakim dalam perkara *hadhanah* yang tidak lain adalah: “*Maqashidul Syar’iyyah li Maslahatil Am’mah*” bahwa syariah itu dibuat untuk kemaslahatan bersama, bukan hanya untuk sebagian individu maupun kelompok tertentu. Disamping berdasarkan alasan hakim diatas, penulis juga merujuk pada sebuah kaidah fiqh yang berbunyi:

دَرْءُ الْمَفْسَادِ أَوْلَى مِنْ جَلِّبِ الْمَصَالِحِ

“Menolak mafsadah lebih utama daripada meraih maslahat”

Maksud *kaidah fiqhiyah* tersebut dalam kaitannya dengan hak asuh anak, bahwa manfaat yang timbul jika hak asuh anak dijatuhkan kepada ibu harus dikesampingkan terlebih dahulu karena yang lebih diutamakan adalah mengilangkan *mafsadahnya*, yaitu seorang ibu yang telah berpindah agama, sehingga hal seperti ini lebih baik dihindarkan dari anak daripada kelak akan memberi dampak buruk baginya.

⁹⁸ Ibid.

Dari penjelasan hakim diatas, mengenai prinsip hukum dalam memutus perkara *hadhanah*, maka penulis sangat setuju dengan putusan yang diberikan oleh hakim dan putusan tersebut sangatlah tepat, karena telah memenuhi asas menolak mudharat dan mengambil manfaat. Menurut Ahmad Djazuli,⁹⁹ bahwa apabila menghadapi *mafsadah* dan manfaat pada waktu yang sama, maka yang harus didahulukan menghindari *mafsadah*.

Apabila berkumpul antara *maslahat* dan *mafsadah*, maka yang harus dipilih yang maslahatnya lebih banyak (lebih kuat) dan apabila sama banyaknya atau sama kuatnya maka menolak mafsadah lebih utama dari meraih *maslahat*, sebab menolak *mafsadah* itu sudah merupakan kemaslahatan.

Oleh Sebab itu penulis sependapat dengan putusan hakim bahwa dengan Termohon (ibu) telah berpindah agama menjadi agama Kristen, artinya keluar dari keyakinan semula (Islam), sehingga menyebabkan perilaku dan ajaran seorang ibu telah berubah, yang kemudian Termohon menjadi sulit untuk mendapatkan hak pengasuhan anak karena ibu terlihat kurang memenuhi kemaslahatan untuk anak-anaknya terutama pada aspek agama. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa pendidikan agama anak dari kecil akan mewujudkan kemaslahatan pada anak di masa yang akan datang dan hal ini merupakan salah satu aspek utama dalam membangun akidah dan akhlak anak.

⁹⁹ Ahmad Djazuli, Kaidah-kaidah Fikih: Kaidah-kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-masalah Yang Praktis, (Jakarta: Kencana, 2007), Cet. 1, h. 28

3. Ditinjau Dari Perspektif Asas Kepastian

Pada dasarnya dengan adanya Kepastian Hukum maka masyarakat bisa lebih tenang dan tidak akan mengalami kerugian akibat putusan hakim. Karna dari pengertian kepastian hukum sendiri adalah suatu jaminan bahwa suatu hukum itu harus dengan cara yang baik dan tepat. Kepastian sendiri pada intinya merupakan tujuan utama dari hukum, karna jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta maknanya. Dan jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang.

Nilai-nilai hukum didalam Negara kita sendiri terdiri dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat seperti hukum adat dan hukum tidak tertulis. Hakim sebagai penggalinya dan merumuskannya dalam suatu putusan. Putusan hakim merupakan bagian dari proses penegakan hukum yang bertujuan untuk mencapai salah satunya kebenaran hukum atau demi terwujudnya kepastian hukum.

Dalam upaya menemukan kepastian hukum, putusan hakim harus sesuai tujuan dasar dari suatu pengadilan, mengandung kepastian hukum sebagai berikut: pertama, memberikan solusi autoritatif artinya memberikan jalan keluar dari masalah hukum yang dihadapi oleh para pihak (pemohon dan termohon); kedua, *efisiensi* artinya dalam prosesnya harus cepat, sederhana, biaya ringan; ketiga, sesuai dengan tujuan undang-undang yang dijadikan dasar dari putusan hakim tersebut; keempat, mengandung aspek stabilitas yaitu dapat memberikan rasa tertib aman dalam masyarakat; kelima,

mengandung *equality* yaitu memberikan kesempatan yang sama bagi pihak yang berperkara.

Kepastian hukum yang dituangkan dalam putusan hakim merupakan hasil yang didasarkan pada fakta-fakta persidangan yang relevan secara yuridis serta dipertimbangkan dengan hati nurani. Hakim juga dituntut untuk selalu dapat menafsirkan makna undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang dijadikan dasar untuk diterapkan.

Berdasarkan hasil wawancara yang dilakukan penulis kepada bapak hakim Drs. Lukman Hadi, SH.,MH mengatakan:¹⁰⁰

- a. Dalam hal hak asuh anak pada dasarnya pihak ibu adalah yang berhak mendapatkan hak asuh. Akan tetapi karena ibu keluar dari agama Islam, maka hak itu otomatis gugur, ditakutkan anak akan mengikuti agama ibunya.
- b. Walaupun dalam undang-undang tidak ada hukum yang berkaitan dengan pengasuhan anak bagi ibu yang *murtad*, maka Hakim disini menggunakan *ijtihad* berdasarkan hukum yang lain.
- c. Dasar Hakim dalam menentukan hak asuh ini berpegangan dengan dasar hukum secara hukum Islam, yaitu dengan dasar untuk mempertahankan *aqidah* anak tidak lain untuk menjaga kelangsungan kepentingan dan perlindungan *aqidah* agama anak.
- d. Dalam hal ibu yang kehilangan hak asuh bukan berarti kehilangan hak dan tanggung jawabnya terhadap anak tersebut. Sehingga tetap boleh

¹⁰⁰ Ibid,

mencurahkan kasih sayangnya kepada anak.

Beberapa hukum yang digunakan Hakim dalam menetapkan perkara Hak asuh anak adalah merujuk pada Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 pasal 41 huruf a, Pasal 105 dan 156 Kompilasi Hukum Islam.

Pasal 41 huruf a Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 berbunyi: “Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana Ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusan” dan Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi: “Dalam hal terjadinya perceraian: Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Serta, Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam huruf a berbunyi : “Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah : anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadanah* dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh : Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu, Ayah, Wanita- wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

Bunyi ketiga pasal di atas menunjukkan bahwa kiranya permasalahan hak asuh anak ketika ibu *murtad* belum bisa dipecahkan. Karena pasal-pasal tersebut hanya mengatur hak asuh anak ketika belum *mumayyiz* dan setelah *mumayyiz*, dan hak asuh anak ketika ibu meninggal dunia. Sedangkan dari hasil wawancara ketua majelis hakim dalam perkara ini, hakim lebih

menggunakan dasar hukum islam dalam putusan hak hadhonah Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg dengan dasar untuk memenuhi kemaslahatan bagi anak, selain itu hakim juga menggunakan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI No.349/AG/2006, Namun didalam putusan No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg tidak mencantumkan dasar yurisprudensi Mahkamah Agung RI No.349/AG/2006, sehingga putusan tersebut belum memenuhi asas kepastian hukum.¹⁰¹

Hakim Pengadilan Agama kota Malang mengatakan dalam menetapkan perkara tersebut, Hakim berpegangan pada pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi “Hakim dan Hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Ketika dasar hukum yang biasanya digunakan di Pengadilan Agama belum diatur, maka Hakim disini sebagai penegak hukum dan keadilan di wilayah hukum Indonesia wajib menggali berdasarkan hukum yang berlaku di masyarakat Indonesia.¹⁰²

Menurut Hakim, yang perlu digaris bawahi bahwa hukum yang berlaku di masyarakat ini adalah hukum masyarakat Islam dan dalam lingkup Peradilan Agama. Karena sesuai dengan pasal 1 Undang-Undang No. 50 Tahun 2009 perubahan kedua atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Berdasarkan hal tersebut,

¹⁰¹ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Lukman Hadi, SH., MH. di Pengadilan Agama Kota Malang pada tanggal 25 Januari 2017

¹⁰² ibid.

maka Hakim harus berpijak pada Hukum Islam yang digali dari Al-Qur'an, Hadist, serta *ijtihad* para Ulama' yang secara faktual telah menjadi bagian dari hukum yang hidup dalam masyarakat Islam di Indonesia.

Hal itu diperkuat lagi dengan keputusan Rapat Kerja Mahkamah Agung, Departemen Agama dan ketua-ketua Pengadilan Tinggi Agama se-Indonesia II (RAKER MAHDEPAG & PTA II), bagi Pengadilan Agama, sejauh hukum tertulis belum ada, dapat menggunakan aturan-aturan yang bersumber pada Al-Qur'an, Hadist, Fikih dan Kaedah Fikih. Maka, untuk merealisasikan itu diperlukan *ijtihad* dari para Hakim Pengadilan Agama, sehingga hukum yang termuat dalam Al-Qur'an, Hadist dan himpunan *ijtihad* para Ulama' dapat dikembangkan dan diterapkan sesuai dengan perkembangan dan kesadaran hukum masyarakat.

C. Pertimbangan Majelis Hakim Dalam Penetapan Hak Hadhanah Pada Putusan Perkara No.1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg Menurut Perspektif Hukum Positif dan Hukum Islam di Indonesia.

Berkaitan dengan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, dari hasil wawancara dengan Hakim Pengadilan Agama Kota Malang yang menangani perkara tersebut mengatakan :¹⁰³

- a. Dalam hal hak asuh anak pada dasarnya pihak ibu adalah yang berhak mendapatkan hak asuh. Akan tetapi karena ibu keluar dari agama Islam, maka hak itu otomatis gugur.

¹⁰³ *ibid*,

- b. Walaupun dalam undang-undang tidak ada hukum yang berkaitan dengan pengasuhan anak bagi ibu yang murtad, maka Hakim disini menggunakan ijtihad berdasarkan hukum yang lain.
- c. Dasar Hakim dalam menentukan hak asuh ini berpegangan dengan dasar hukum secara hukum Islam, yaitu dengan dasar untuk mempertahankan aqidah anak tidak lain untuk menjaga kelangsungan kepentingan dan perlindungan aqidah agama anak.
- d. Dalam hal ibu yang kehilangan hak asuh bukan berarti kehilangan hak dan tanggungjawabnya terhadap anak tersebut. Sehingga tetap boleh mencurahkan kasih sayangnya kepada anak.

Dalam perkara putusan hak *hadhanah* yang terjadi antara Pemohon (suami) dengan Termohon (isteri) di atas, dimana Majelis Hakim Pengadilan Agama Kota Malang yang memutus perkara tersebut telah menjatuhkan hak asuh anak kepada Pemohon (bapak), dikarenakan pihak Termohon (ibu) telah berpindah agama menjadi agama Kristen (murtad). Oleh karena itu terjadilah perebutan hak asuh anak dan yang seharusnya dari kedua orang tuanya bisa saling melindungi dan merawatnya secara bersama-sama. Akan tetapi dalam kepengurusan anak menjadikan perdebatan pemikiran dan penguasaan antara masing-masing orang tua dalam menuntut haknya. Maka disinilah peran dan kewenangan seorang hakim untuk meluruskan suatu perkara yang timbul di tengah masyarakatnya.

Berdasarkan wawancara Hakim, beberapa hukum yang digunakan Hakim dalam menetapkan perkara Hak asuh anak adalah merujuk pada Undang-Undang

Perkawinan No. 1 Tahun 1974 pasal 41 huruf a, Pasal 105 dan 156 Kompilasi Hukum Islam, Undang-undang Perlindungan Anak No. 23 tahun 2002 jo. Undang-undang No. 35 tahun 2014 dan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI No.349K/AG/2006.

Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 Pasal 41 huruf a berbunyi: “Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusan”

Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi : “Dalam hal terjadinya perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.
- b. Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharanya.
- c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.”

Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam huruf a berbunyi : “Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah: anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadanah dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; Ayah; Wanita- wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

Undang-undang No. 23 tahun 2002 jo. Undang-undang No. 35 tahun 2014 yang tertera dalam pasal 6 menyatakan bahwa “setiap anak berhak beribadah

menurut agamanya, berfikir dan berekspresi sesuai dengan kecerdasan dan usianya dalam bimbingan orang tua”.

Yurisprudensi MA.RI No. 349K/AG/2006 menjelaskan bahwa, “*hadhanah* terhadap anak bisa jatuh ke tangan bapaknya bilamana memelihara dan mendidik anaknya semata-mata berdasarkan kepentingan anak untuk beribadah menurut agamanya”.

Sedangkan dasar hukum islam yang digunakan hakim dalam putusan ini dalam hal penentuan hak asuh anak mengenai dasar hukum islam yang diambil oleh Majelis Hakim adalah kutipan dari Kitab “Kifayatul Akhyar Juz II”, karangan Imam Taqiyyuddin (t.t:94) yang berbunyi :

وَشَرَائِطُ الْحَضَانَةِ سَبْعٌ : الْعَقْلُ وَالْحَرِيَّةُ وَالِدِّينُ الْخَفَّةُ وَالْأَمَانَةُ وَالْإِقَامَةُ بِبَلَدِ الْمُمِيزِ وَالْحَلُّ مِنْ زَوْجٍ، فَإِنْ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِنْهَا أَيْ السَّبْعِ فِي الْأُمِّ سَقَطَتْ حَضَانَتُهَا

“Syarat-syarat bagi orang yang akan melaksanakan tugas hadanah ada 7, yaitu: berakal sehat, merdeka, beragama Islam, sederhana, amanah, menetap, dan tidak bersuami baru. Apabila kurang satu dari syarat-syarat tersebut, maka gugur hak asuh anak.”

Dalam kutipan wawancara dengan Hakim Pengadilan Agama Malang, dalam menetapkan hak asuh anak karena istri murtad, Hakim Pengadilan Agama merujuk pada madzhab Syafi’i yang berpendapat bahwa hak asuh anak tidak diperkenankan bagi orang kafir. Sama halnya dimana seorang ibu dalam hal ini telah keluar dari agama Islam.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ibid,

Para Ulama' berbeda pendapat mengenai syarat Islam bagi pemegang hak asuh anak (hadanah). Ulama' Syafi'iyah mensyaratkan Islam sebagai syarat bagi pengasuh atas anak Islam. Dalam Kitab "Raudlatut Tholibin Wa 'Umdatul Muftin" Karya Yahya bin Syarf An- Nawawi (1991:302) disebutkan:

فَلَا حَضَانَةَ لِكَافِرٍ عَلَى الْمُسْلِمِ

"Maka tidak berhak hak asuh (hadanah) bagi orang kafir atas anak muslim"

Ulama' Hanabilah juga mensyaratkan Islam sebagai syarat mutlak bagi pemegang hak asuh (hadanah) atas anak muslim. Dikarenakan barangkali mengakibatkan fitnah atas agama anak tersebut. Dalam Kitab "Iqna' fi Fiqh Al- Imam Ahmad bin Hanbal" Juz II karya Imam Musa Al- Hijawi (t.t:150) disebutkan:

فَلَا حَضَانَةَ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ وَلِأَنَّهُ رُبَّمَا فِتْنَةٌ فِي دِينِهِ

"Maka tidak berhak hak asuh (hadanah) bagi orang kafir atas anak muslim karena tidak ada wilayah bagi orang kafir atas anak muslim dan karena dimungkinkan mengakibatkan fitnah atas agama anak"

Sedangkan Ulama' Hanafiyah tidak mensyaratkan Islam bagi pemegang hak asuh (hadanah) bagi anak muslim. Dalam Kitab "Al- Ikhtiyar li Ta'lim Al Mukhtar" Juz IV dalam "Fasl fil Hadanah" karya Mahmud bin Mawdud Al- Musilli(t.t:70) disebutkan :

وَالذِّمِّيُّ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ مَا لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ الْكُفْرُ

“Kafir dzimmi lebih berhak atas anaknya muslim selama tidak ditakutkan kekafiran anaknya”

Akan tetapi dalam hal ini Imam Hanafi mensyaratkan bahwa yang dimaksudkan bukanlah kafir murtad. Dalam Kitab “Ad Durr Al Mukhtar” dalam bab “Hadanah” Juz 3 karya Ibnu Abidin Al-Hanafi (1966:20) disebutkan:

(تُثَبِّتُ لِلْأُمِّ) النَّسَبِيَّةِ (وَلَوْ) كِتَابِيَّةً أَوْ مَجُوسِيَّةً (بَعْدَ الْفِرْقَةِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُرْتَدَّةً)

“(Hadanah tetap untuk ibu) yang senasab (meskipun) ibu itu kafir kitabi atau majusi (setelah pisah kecuali apabila ibu itu murtad)”

Adapun Menurut Ulama’ Malikiyah juga tidak mensyaratkan Islam bagi pemegang hak asuh (hadanah) atas anak muslim. Dalam Kitab “Syarh Al-Kabir” Juz II karya Abu Barakat Ahmad Ad Dardir (t.t:526) menyebutkan :

(لَا) (يَشْتَرِطُ) (إِسْلَامَ) فَلَيْسَ شَرْطًا فِي الْحَاضِنِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى

“Tidak disyaratkan Islam untuk seorang pengasuh baik laki-laki maupun perempuan”

Akan tetapi, Ulama’ Malikiyah berpendapat jika dikhawatirkan kerusakan pada anak yang diasuh, hak asuh (hadanah) anak tidak lantas pindah bagi pemegang hak asuh yang Islam akan tetapi hak asuh itu tetap pada Ibu yang murtad tadi selama dalam proses pengasuhannya berada dilingkungan orang Islam. Disebutkan juga dalam Kitab “Syarh Al- Kabir” Juz II karya Abu Barakat Ahmad Ad Dardir (t.t:529) :

(وَضَمَّت) الدَّائِثُ الْحَضَانَةُ (إِنْ خِيفَ) عَلَى الْمُحْضُونِ مِنْهَا فَسَادًا كَأَنْ تَغْذِيَةً بِلَحْمِ
حَنْزِيرٍ أَوْ خَمْرٍ (لِلْمُسْلِمِينَ) لِيَكُونُوا رِقَبَاءَ عَلَيْهَا وَلَا يَنْزِعُ مِنْهَا وَلَا يَشْتَرِطُ الْجَمْعُ بَلْ
الْمُسْلِمُ الْوَاحِدَ كَافٍ فِي ذَلِكَ

“Harus tinggal (bersama orang muslim) jika dikhawatirkan kerusakan pada anak tersebut seperti makan daging babi atau khamr, supaya orang-orang muslim tadi mengawasi orang yang mengasuh anak tersebut dan tidak boleh mengambil anak tersebut dari pengasuh. Dan tidak disyaratkan dilingkungan mayoritas muslim, akan tetapi, satu orang muslim sudah cukup”

Ulama' Malikiyah tetap memberikan hak asuh (hadanah) anak kepada ibu yang kafir. Akan Tetapi, jika hal tersebut dikhawatirkan akan menimbulkan dampak negatif terhadap anak, maka disyaratkan untuk pengasuh (hadin) tinggal bersama orang muslim dan satu orang muslim cukup untuk mengawasinya agar tidak mengajarkan hal-hal yang buruk bagi anak(mahdun).

Ibnu Rusyd (t.t:43) dalam Kitab “Bidayatul Mujtahid wa Nihayatul Muqtasid” mengatakan bahwa Jumhur Ulama' sepakat mengenai hak asuh (hadanah) adalah hak ibu, hal ini berangkat atas dasar hadis Nabi Muhammad SAW :

مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا , فَرَقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ

“Barangsiapa memisahkan antara ibu dan anaknya, maka Allah SWT akan memisahkan orang tersebut dengan orang-orang yang dicintainya di hari kiamat”

Menurut analisa penulis, tidak disyaratkannya Islam sebagai syarat pengasuh (Hadin) adalah berdasarkan kemungkinan keumuman hadis tersebut. Dalam hadis itu kata وَلَدَةٌ tidak dibatasi apakah ibu muslim atau kafir. Jadi dalam pengasuhan diperbolehkan baik pengasuh muslim atau kafir.

Sedangkan yang mensyaratkan Islam kemungkinan besar membatasi keumuman hadis tersebut dengan pertimbangan menutup bagi kemungkinan munculnya kemadhorotan (saddudz dzari'ah). Dalam Kamus Ushul Fikih, secara istilah saddudz dzari'ah adalah mencegah sesuatu yang menjadi jalan kerusakan untuk menolak kerusakan atau menyumbat jalan yang menyampaikan seseorang kepada kerusakan (2005:294). yaitu dengan memahami kata وَلَدَةٌ dalam hadis tersebut dengan batasan muslimah. Artinya sorang anak kecil yang ikut bersama ibunya yang kafir akan sangat besar kemungkinannya untuk mengikuti agama ibunya. Supaya hal itu tidak terjadi maka hadis di atas perlu diartikan secara khusus yaitu al walidah muslimah.

Bila dikembalikan pada hukum islam yang memakai beberapa pendapat ulama, ulama Malikiyah adalah yang sesuai dengan kontekstual yang ada dalam masyarakat sekarang. Dimana ibu yang murtad tetap boleh mengasuh anaknya karena maksud dalam pengasuhan hanya berkaitan dengan memelihara anak (hifdlul) dan merawat anak (ri'ayah). Apalagi jika anak itu masih balita yang sangat butuh sekali kasih sayang ibu. Namun apabila dikhawatirkan tidak menjamin agama anak, Ulama' Malikiyah berpendapat bahwa ibu yang murtad tetap berhak mengasuh anaknya selagi ibu yang murtad harus tinggal dengan orang muslim (1 muslim cukup) supaya orang tersebut dapat mengawasinya.

Meskipun pada kenyataannya di dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam ataupun Undang-undang lainnya tidak disebutkan secara jelas mengenai syarat-syarat pengasuhan anak seperti agama pengasuh. Bahwa menurut penulis seorang hakim tidak hanya berpacu atau menggunakan hukum pada Undang-undang saja, melainkan dengan sumber hukum lainnya termasuk salah satunya yaitu mengacu pada literatur fiqih, dimana telah termuat syarat-syarat bagi yang melakukan *hadhanah* diantaranya: harus berakal sehat, dewasa, mampu mendidik, amanah, beragama Islam, merdeka, dan belum menikah lagi. Oleh karena itu apabila syarat-syarat seorang pengasuh tidak terpenuhi salah satunya, termaksud agama yang dianut oleh orang tua, maka gugurlah kebolehan untuk mengasuh anak.¹⁰⁵

Setelah penulis melakukan wawancara dengan ketua majelis hakim yang memutus perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg beliau menyatakan bahwa Termohon (ibu) tidak diberi kewenangan untuk mengasuh anak, disebabkan karena murtadnya Termohon (ibu) dengan alasan bahwa keberadaan ibu sebagai orang yang dekat dengan anak dan sekaligus memberikan pelajaran agama sebagai pondasi dalam kehidupan anak untuk masa yang akan datang. Karena faktanya kelahiran anak tersebut telah menganut agama Islam sedangkan ibunya berbeda agama dengan anak tersebut. Sehingga tidak patut diberi kewenangan secara keseluruhan apabila dalam pertimbangan hukum majelis hakim menetapkan pelimpahan hak asuh anak diberikan kepada ibu yang murtad, karena pada realitanya posisi ayah kandung dapat mengambil alih untuk mengasuh,

¹⁰⁵ Sayyid Sabiq, Fiqih Sunnah, Terj. Moh. Thalib, (Bandung: PT. Al-Ma'arif, 1983), Cet. 2, Jilid 8, h. 165

mendidik, dan membiayai anak serta membimbing dalam beragama sebab sang ayah masih dalam kondisi beragama Islam.¹⁰⁶

Salah satu dasar hukum yang digunakan dalam pertimbangan Majelis Hakim ialah Kompilasi Hukum Islam pasal 105 huruf (a) menentukan dalam hal terjadinya perceraian: pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Mengingat bahwa KHI merupakan rangkuman dari berbagai kitab yang ditulis oleh Ulama Fiqh yang biasa dipergunakan sebagai referensi pada Pengadilan Agama untuk diolah dan dikembangkan serta di himpun ke dalam suatu himpunan. Berdasarkan ketentuan pasal tersebut akan berlaku mutlak apabila dalam kondisi normal, yaitu bilamana ibu dari anak tersebut seorang muslimah yang baik yang dapat diharapkan membentuk kepribadian dan akhlak yang baik serta menjadi anak yang soleh. Namun bila ibu dari anak tersebut bukan seorang muslimah, maka sangat diragukan untuk dapat membimbing dan mendidik anak tersebut nantinya menjadi anak yang soleh, oleh karenanya ketentuan pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam tidak lagi mengikat dan dapat berubah berdasar illat hukumnya demi kemaslahatan anak tersebut.

Dalam memutus perkara ini Majelis Hakim berlandaskan pada kaidah fiqhiyah :

Artinya: "Hukum dapat berubah sesuai illat hukumnya"

Dari sini dapat dibuktikan bahwa penerapan hukum yang Majelis Hakim gunakan dalam memutus perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlgd dan Hakim

¹⁰⁶ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Drs. Lukman Hadi, MH., di Pengadilan Agama Kota Malang pada tanggal 25 Januari 2017

lainnya, dalam hal menangani perkara *hadhanah* ternyata memerlukan pengetahuan hukum Islam yang sangat luas dan harus memenuhi tujuan hukum yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukumnya. Apabila Majelis Hakim hanya menguasai hukum materil dalam perundang-undangan dapat dikatakan masih belum mencukupi, karena besar kemungkinan akan sulit menemukan keadilan hukum yang sesuai dengan prinsip Islam. Kemudian setelah penulis melakukan wawancara dengan Majelis hakim, penulis menemukan pendapat mengenai tujuan hukum dalam perkara *hadhanah*, bahwa hakim menyatakan walaupun tujuan hukumnya bertentangan dengan Undang-undang, akan tetapi hal tersebut bisa dikesampingkan karena hukum itu bertujuan untuk kemaslahatan terutama kemaslahatan anak dalam pengasuhan orang tuanya. Selama hukum itu terdapat kemaslahatan maka disitulah hukum itu boleh diterapkan, dan hakim tidak perlu takut bertentangan atau berlawanan dengan Undang-undang, karena hakim bukan hanya sebagai corong Undang-undang melainkan hakim ialah corong keadilan dan pembuat Undang-undang atau yang disebut *jugde made law*.¹⁰⁷

Oleh karena itu prinsip hukum yang digunakan hakim dalam perkara *hadhanah* yang tidak lain adalah: “*Maqashidul Syar’iyyah li Maslahatil Am’mah*” bahwa syariah itu dibuat untuk kemaslahatan bersama, bukan hanya untuk sebagian individu maupun kelompok tertentu. Disamping berdasarkan alasan hakim diatas, penulis juga merujuk pada sebuah kaidah fiqh yang berbunyi:¹⁰⁸

¹⁰⁷ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Drs. Lukman Hadi, MH, mengenai tujuan hukum dalam perkara murtad menjadi penghalang *hadhanah* 25 Januari 2017

¹⁰⁸ Ahmad bin Syaikh Muhammad Az-zirku, *Syarhu Al- Qawaidh Fiqhiyah*, (Damaskus: Darul Qalam, 1989), Cet. 2, h. 25

“Menolak mafsadah lebih utama dari pada meraih maslahat”.

Maksud kaidah *fiqhiyah* tersebut dalam kaitannya dengan hak asuh anak, bahwa manfaat yang timbul jika hak asuh anak diatuhkan kepada ibu harus di kesampingkan terlebih dahulu karena yang lebih diutamakan adalah mengilangkan mafsadah, yaitu seorang ibu yang telah berpindah agama, sehingga hal seperti ini lebih baik dihindarkan dari anak dari pada kelak akan memberi dampak buruk baginya.

Dari penjelasan hakim diatas, mengenai prinsip hukum dalam memutus perkara *hadhanah*, maka penulis setuju dengan putusan yang diberikan oleh hakim dan putusan tersebut sangatlah tepat, karena telah memenuhi asas menolak mudharat dan mengambil manfaat. Menurut Ahmad Djazuli,¹⁰⁹ bahwa apabila menghadapi *mafsadah* dan manfaat pada waktu yang sama, maka yang harus didahulukan menghindari *mafsadah*. Apabila berkumpul antara *maslahat* dan *mafsadah*, maka yang harus dipilih yang maslahatnya lebih banyak (lebih kuat) dan apabila sama banyaknya atau sama kuatnya maka menolak *mafsadah* lebih utama dari meraih *maslahat*, sebab menolak *mafsadah* itu sudah merupakan kemaslahatan.

Oleh Sebab itu penulis sependapat dengan putusan hakim bahwa dengan Termohon (ibu) telah berpindah agama menjadi agama Kristen, artinya keluar dari keyakinan semula (Islam), sehingga menyebabkan perilaku dan ajaran seorang ibu

¹⁰⁹ Ahmad Djazuli, Kaidah-kaidah Fikih: Kaidah-kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-masalah Yang Praktis, (Jakarta: Kencana, 2007), Cet. 1, h. 28

telah berubah, yang kemudian Termohon menjadi sulit untuk mendapatkan hak pengasuhan anak karena ibu terlihat kurang memenuhi kemaslahatan untuk anak-anaknya terutama pada aspek agama. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa pendidikan agama anak dari kecil akan mewujudkan kemaslahatan pada anak di masa yang akan datang dan hal ini merupakan salah satu aspek utama dalam membangun akidah dan akhlak anak.

Penulis juga menganalogikan bahwa perbuatan ibu yang berpindah agama dalam putusan No.1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg penulis mengaitkan hal tersebut dengan pendapat Yusuf Al-Qardhawy,¹¹⁰ yang menjelaskan tentang kemurtadan seseorang yang bukan sekedar terjadinya perubahan pemikiran, tetapi perubahan pemberian kesetiaan dan perlindungan. Oleh sebab itu Islam menerapkan sikap sangat tegas dalam menghadapi kemurtadan, khususnya bila para pelakunya menyatakan kemurtadan diri mereka dan menjadi pengaruh kepada orang lain untuk melakukan kemurtadan. Karena sesungguhnya mereka merupakan bahaya yang sangat serius terhadap identitas masyarakat dan menghancurkan dasar-dasar aqidahnya. Maka sudah dipastikan seorang ibu tidak berhak mendapatkan hak-haknya sebagai ibu, karena hak yang dimiliki seorang ibu bertentangan dengan hak-hak seorang anak yaitu kepentingannya baik secara fisik, psikologis dan agama.

Kemaslahatan anak sebagaimana dijelaskan di dalam buku *Maqashid Syariah* karangan Ahmad Al-Musri Husain Jauhar, bahwasannya dalam kemaslahatan dunia dikategorikan menjadi dua, baik yang pencapaiannya dengan

¹¹⁰ Yusuf Al-Qardhawy, *Fiqh Prioritas: Sebuah Kajian Baru Berdasarkan Al-Qur'an dan As-Sunnah*, Penerjemah Bahrudin. F, Penyunting Ainur Rafiq Shaleh Tamhid, Cet. 1, (Jakarta: Robbani press, 1996), h. 188-189

cara menarik kemanfaatan atau dengan cara menolak kemudharatan. Kemaslahatan *dharuriyyah* ialah kemaslahatan *maqashid syar'iyah* yang berada dalam urutan paling atas, sedangkan kemaslahatan *ghairu dharuriyyah* ialah kemaslahatan yang tergolong penting dan tidak bisa dipisahkan.¹¹¹ Sehingga dalam perkara hak pengasuh anak antara Termohon dan Pemohon dalam putusan No.1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, lebih mengutamakan kemaslahatan *dharuriyyah*, karena dalam memenuhi kemaslahatan bagi anak. Sedangkan menurut Mohammad Daud Ali, sebagaimana dijelaskan di dalam buku karangannya bahwa kemaslahatan tersebut harus mencakup lima hal yang telah disepakati dalam syariat Islam, diantaranya adalah:¹¹²

1. Menjaga agama, alasannya bahwa agamalah yang diprioritaskan paling utama dalam membentuk kemaslahatan anak, karena agama merupakan pondasi utama dalam kehidupan.
2. Menjaga jiwa, diantaranya untuk menjaga kemuliaan, dan kebebasan dalam menentukan pilihan anak, dengan siapa ia diasuh. Apabila hal tersebut bertentangan dengan hak yang dimiliki anak, ditakutkan anak akan diterlantarkan.
3. Menjaga akal, alasannya untuk menjaga anak dari perilaku yang dapat merusak dan mencelakakannya, baik secara fisik, akal pikiran, dan psikologis anak.

¹¹¹ Ahmad Al-Mursi Husain Jauhar, Penerjemah Khikmawati, *Maqashid Syariah*, (Jakarta: Amzah, 2009), Cet. 2, h. xv

¹¹² Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), Ed. 6, h. 63-64

4. Menjaga harta, bahwa orang tua harus selalu menjaga dan mengembangkan harta yang dimiliki anak.
5. Menjaga keturunan, alasannya agar orang tua selalu berkewajiban menjaga dan merawat anaknya sampai ia dewasa dan agar menjadi anak atau manusia yang baik dan sejahtera di kemudian harinya.

Berdasarkan keterangan di atas mengenai lima dasar tujuan syariat yang harus dilindungi dan dijaga bagi anak, Termohon (ibu) tidak bisa melindungi agama anaknya, sehingga hak asuh anak jatuh kepada Pemohon (ayah). Meskipun pasal 156 huruf (a) KHI dan para ulama-ulama fiqih yang menyebutkan, pihak ibu berada pada urutan teratas daripada urutan pihak ayah. Namun ternyata dalam hasil wawancara penulis dengan hakim Pengadilan Agama Kota Malang yang menguasai masalah hak asuh anak, menyampaikan bahwa Pemohon (Ayah) masih ada dan mampu untuk mengasuh, mendidik, dan merawatnya, maka hal tersebut tidak bisa digantikan kepada pihak ibu dan seterusnya ke atas, sebab menitik beratkan pada unsur kemaslahatannya. Sehingga yang menjadi dasar dalam pertimbangan hakim pada putusan No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, bahwa yang terpenting pada prinsip merawat dan mengasuh anak yaitu sebagai orang tua harus bisa melindungi anak baik secara fisik, psikis, dan keseluruhannya.¹¹³ Karena dengan melihat pada keterangan Pemohon yang disampaikan dalam permohonan pada Putusan No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg bahwa pihak garis ibu ke atas (nenek) juga beragama Kristen, maka sulit bagi pihak ibu mendapatkan haknya karena

¹¹³ Wawancara Pribadi dengan Hakim Bapak Drs. Lukman Hadi, M.H., di Pengadilan Agama Kota Malang Pada tanggal 25 Januari 2017

dengan nenek yang beragama Kristen dikhawatirkan akan memberi dampak yang signifikan terhadap sang anak.

Bahwa ibu dan garis pihak ibu ke atas (nenek) dianggap tidak berhak diberikan hak asuh anak, karena agama neneknya juga sama seperti dengan Termohon yaitu beragama Kristen, sedangkan syarat sebagai pengasuh harus beragama Islam bagi anak yang dilahirkan dari keluarga yang beragama Islam. Oleh karena itu Majelis Hakim di dalam putusan No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg Hakim seharusnya menggunakan Yurisprudensi MARI No. 349/AG/2006 tertanggal 3 Januari 2007 sebagai acuan bahwa hak asuh anak bisa berada pada pihak ayahnya, bilamana memelihara dan mendidik anaknya semata-mata berdasarkan kepentingan untuk beribadah menurut agamanya. Menurut penulis dengan dikeluarkan keputusan Yurisprudensi MARI No. 349/AG/2006 telah menjadi ketentuan hukum yang tetap, yang mana Yurisprudensi merupakan keputusan hakim terdahulu yang sering diikuti dan dijadikan dasar keputusan oleh hakim mengenai masalah yang sama,¹¹⁴ sehingga hal tersebut menjadi acuan tetap dan merupakan hal yang tepat majelis hakim mengeluarkan keputusan tersebut. Dalam hal ini seorang ayah telah berhak untuk mengambil alih asuh anak dari ibunya, walaupun pada kenyataannya seorang ibu yang dari awal melahirkannya dan merawatnya, akan tetapi apabila ibu tidak bisa merawat anak khususnya demi kepentingan anak, maka hak tersebut bisa beralih kepada ayahnya tanpa melihat pihak ibu ke atas juga memiliki kewenangan atas hak asuh anak. Oleh karena itu dengan ditetapkannya bahwa yang berhak memelihara, mendidik dan merawat

¹¹⁴ C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Cet. 8, (Jakarta: Balai Pustaka, 1989), h. 50

anak yang dibawah umur tersebut adalah ayahnya, yaitu dengan pertimbangan agama dan keberlangsungan dalam menjalankan ibadah sang anak.

Dengan demikian Majelis hakim dituntut dalam memutus perkara didasarkan pada keadilan, sebagaimana yang sudah dijelaskan sebelumnya yaitu dengan cara menggali hukum yang hidup di tengah masyarakat, seperti yang termaktub dalam pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, yang berbunyi: “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dari ketentuan pasal 5 ayat (1) di atas dapat diartikan bahwa oleh karena hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, maka hakim harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian hakim akan dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan.¹¹⁵ Sehingga hukum yang diterapkan sesuai dengan kepentingan umum dan kemaslahatan masyarakat masa kini, dan peran hakim juga tidak Reaktif terhadap pembaharuan dan perkembangan hukum dari segi tata kemaslahatan masyarakat. Namun dalam hal peran hakim dalam menafsirkan dan menentukan undang-undang harus tetap beranjak dari *Common Basic idea* (landasan cita-cita umum) yang terdapat dalam falsafah bangsa dan tujuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.

¹¹⁵ Chazim Maksalina, “Penerapan Hermeneutika Hukum Dalam Prespektif Penemuan Hukum Pada Putusan Hakim Pengadilan Agama Kota Malang”, (Tesis S2 Bidang Syariah Program Pasca Sarjana, Universitas Maulana Malik Ibrahim Malang, 2014), h. 6-7

Maka dari itu peranan hukum Islam dan pembangunan hukum positif saling terkait dalam praktiknya. Pertama, hukum Islam berperan dalam mengisi kekosongan hukum dalam hukum positif. Kedua, hukum Islam berperan sebagai sumber nilai yang memberikan kontribusi terhadap aturan hukum yang dibuat.¹¹⁶ Dalam hal ini dapat diketahui bahwa perubahan ketentuan fikih pada masalah *hadhanah* menjadi ketentuan yang termuat dalam peraturan Perundang-undangan yang ada di Indonesia.¹¹⁷ Sehingga hakim boleh saja menerobos apa yang ada di dalam ketentuan Undang-undang menggunakan landasan hukum islam, karena hakim bukan hanya sebagai corong undang-undang. Adapun yang penulis teliti juga mengenai hal tersebut, bahwa dari hasil wawancara penulis dengan hakim Pengadilan Agama Kota Malang menyatakan bahwa hak *hadhanah* merupakan hak ibu karena di dalam ketentuan yuridis formilnya menyebutkan hak asuh anak dibawah 12 tahun itu adalah hak ibunya, namun maksud pernyataan di atas tidak berlaku secara keseluruhan, artinya jika terdapat hal-hal buruk yang dapat dikategorikan bisa mempengaruhi hak pengasuhan anak maka itu bisa dikesampingkan dari ketentuan pengasuhan itu sendiri.¹¹⁸

Bahwasannya dalam Undang-undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam juga telah mencoba mengatur permasalahan pemeliharaan anak sejelasmungkin untuk menjamin hak-hak yang dimiliki anak dan orang tuanya. Namun ternyata dalam persoalan perselisihan hak asuh anak dalam memutuskan

¹¹⁶ Moh. Anas Maulana Ibrohim, "*Pelimpahan Hak Asuh Anak Kepada Bapak Akibat Perceraian* (Studi Putusan Pengadilan Agama Bekasi No. 345/Pdt.G/2007/PA. Bks)," (Skripsi S1 Fakultas Syariah dan Hukum, UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2014), h. 43

¹¹⁷ Ibid., h. 43

¹¹⁸ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Drs. Lukman Hadi, MH., di Pengadilan Agama Kota Malang, pada tanggal 25 Januari 2017

perkaranya, masih melibatkan unsur gender sehingga manuai perdebatan. Oleh sebab itu hak asuh anak dalam ketentuan tersebut hanya berlaku pada ibu saja, karena kaum perempuan yang memiliki kemampuan dan kesanggupan untuk memelihara anak, sementara bagi bapak yaitu kaum laki-laki yang tak terlihat memiliki kemampuan seperti itu.

Menurut penulis dalam perebutan hak asuh anak semestinya tidak menjadikan prioritas utama diperuntukkan bagi kaum perempuan, tetapi juga kepada kaum laki-laki, karena kaum ayah juga patut dan berhak untuk mengasuh, merawat serta membimbing anak-anaknya selama anak tersebut belum dewasa atau menikah.

Maka dari itu dalam sengketa pemeliharaan anak dan segala tindakan yang menyangkut diri anak harus selalu ditujukan untuk kepentingan terbaik bagi anak, dan aspek dari kepentingan itulah yang harus menjadi pertimbangan utama dalam setiap tindakan dalam menjatuhkan putusan mengenai hak asuh anak, agar terciptanya kesejahteraan bersama dalam merawat anak. Karena kedua orang tua masih mempunyai kewenangan dalam hal pemeliharaan anak. Begitu juga dalam penyelenggaraan perlindungan terhadap agama anak, yang meliputi pembinaan, pembimbingan, dan pengalaman ajaran agama, setiap anak harus dijamin untuk dapat beribadah menurut agamanya.

Mengenai perkara di dalam putusan No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg dalam pandangan hukum, penulis berpendapat bahwa penerapan hukum yang Majelis Hakim gunakan dalam memutus perkara hak asuh anak lebih menekankan prinsip kemaslahatan baik untuk anak maupun kedua orang tua, karena dalam pengasuhan

anak itu yang lebih diutamakan ialah kepentingannya, bukan kepada hak yang dimiliki oleh orang tuanya, walaupun di dalam Undang-undang dan nash Al-Qur'an menyatakan bahwa hak asuh anak merupakan hak ibunya, karena hakikatnya seorang ibu cenderung lebih memiliki sifat kasih sayang dan lemah lembut, serta mampu untuk merawat, menjaga, membimbing, dan mendidik anak dari pada seorang ayah.¹¹⁹ Namun kedua orang tua tetap berkewajiban untuk memenuhi hak anak-anaknya, baik ketika orang tua masih dalam ikatan perkawinan ataupun sudah bercerai, dan diwajibkan bagi keduanya secara bersama-sama memikul tanggung jawab dalam mengasuh anak, mendidik dan memeliharanya. Akan tetapi hak itu bisa saja dicabut (ontzet) atau hak orang tua itu dibebaskan (ontheven) oleh hakim karena sesuatu alasan.¹²⁰ Seperti halnya apabila kedua orang tuanya telah berbuat lalai atau tidak mampu untuk merawat dan menjaga anaknya, maka hak asuh anak tersebut oleh pengadilan yang berwenang dalam memutus hal ini dapat dicabut dan dijatuhkan kepada pihak yang memiliki hak asuh anak oleh Peraturan Perundang-undangan. Sebagaimana dijelaskan dalam pasal 49 Undang-undang No. 1 tahun 1974, disebutkan bahwa apabila salah seorang atau kedua orang tuanya telah melalaikan kewajibannya terhadap anak dan berkelakuan buruk, maka pengadilan agama berhak untuk mencabut kekuasaan atas pengasuhan anak dari kedua orang tuanya atau dari salah satunya. Didukung dengan pasal 156 huruf (c) Kompilasi Hukum Islam yang menyebutkan, "apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah

¹¹⁹ Huzaimah Tahido Yanggo, *Fiqih Anak*, Cet.1,(Jakarta: PT.Al-Mawardi Prima, 2004)h. 102

¹²⁰ Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermasa, 2003), Cet. 31, h. 50

dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula.”

Pada hakikatnya sang ibu selaku Termohon yang mempunyai hak asuh terhadap anak-anaknya yang belum mumayyiz. Akan tetapi karena adanya perselisihan mengenai hak asuh anak yang terjadi antara Termohon dan Pemohon yang disebabkan oleh perbedaan agama, sehingga menimbulkan perebutan hak asuh anak bagi kedua orang tuanya. Menurut penulis dalam pertimbangan hukum pada putusan tersebut, majelis hakim telah menjatuhkan hak asuh anak kepada Pemohon (ayah) bukan kepada Termohon (ibu). Hal ini disebabkan oleh kekhawatiran Pemohon terhadap pengaruh agama yang dianut Termohon dalam mengasuh anaknya, terutama anak kecil yang lebih cepat ikut terpengaruh dengan perilaku- perilaku yang dikerjakan orang tuanya. Jadi faktor agama Termohon menjadi salah satu penghalang untuk hadhin (yang mengasuh anak) dalam masalah pengasuhan anak.

Dalam hal ini penulis sependapat dengan putusan yang diputuskan oleh Majelis Hakim di Pengadilan Agama Kota Malang, karena sudah memutus perkara tersebut dengan tepat dan sudah memenuhi rasa keadilan serta kemaslahatan bagi anak. Akan tetapi hal tersebut telah terjadi ketidaksesuaian antara peraturan dalam pasal 105 huruf (a) dan 156 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam dengan amar putusan yang hakim putus tersebut, sebagaimana disebutkan dalam pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam, yang menyebutkan dalam hal terjadinya perceraian, “pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum

berumur 12 tahun adalah hak ibunya.” Kemudian di dalam pasal 156 huruf (a) juga telah menjelaskan hal seperti itu, bahwa anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan pengasuhan dari ibunya. Tetapi di dalam amar putusan tersebut majelis hakim terlihat tidak hanya terpaku pada aturan yuridis saja, namun juga mempertimbangkan dari fakta empirik yang ada serta melihat dan menggali nilai-nilai atau norma-norma hukum yang hidup di masyarakat agar tercipta kemaslahatan umum. Hal ini dikuatkan juga dari hasil wawancara penulis dengan bapak ketua majelis hakim dalam putusan ini, beliau menjelaskan sebagaimana yang sudah dipaparkan diatas, bahwa seorang hakim tidak hanya berpaku pada Undang-undang, namun juga dengan cara menggali hukum yang terdapat ditengah lingkungan masyarakatnya.¹²¹

Dalam hal ini penulis sangat setuju dengan pendapat hakim seperti itu, karena apabila hakim hanya berpaku pada satu pasal tersebut maka hukum tidak akan seimbang atau tidak terpenuhinya tujuan hukum, yang mana tujuan hukum itu sendiri terdiri dari keadilan (*validitas filosofis*), kemanfaatan (*validitas sosiologis*), dan kepastian hukum (*validitas yuridis*). Maka menurut penulis di dalam putusan ini sudah dikatakan tepat jika hak asuh anak itu diberikan kepada Pemohon (ayah), karena dari pertimbangan hukum Majelis Hakim yang memutus perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg di Pengadilan Agama Kota Malang dapat terlihat dalam putusannya sudah memenuhi tujuan dari penegakan hukum yaitu keadilan. Keadilan dalam hal ini dimaknai memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya. Sehingga tuntutan atas hak yang para pihakuntut dapat

¹²¹ Wawancara Pribadi dengan Bapak Hakim Drs. Lukman Hadi, MH., di Pengadilan Agama Kota Malang, pada tanggal 25 Januari 2017

terpenuhi dengan keadilan, terutama Pemohon (ayah) yang ingin melindungi kehidupan keagamaan anak-anaknya sekaligus memiliki kemampuan untuk merawat dan menjaganya.

Dengan demikian adanya peran seorang hakim yang memiliki hak prerogatif dalam menangani putusan, maka dari putusan perkara No. 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg mengenai kasus hak asuh anak akibat ibu murtad, bahwa di dalam pertimbangannya majelis hakim sudah benar-benar mengutamakan kepentingan serta perlindungan bagi anak-anak, karena demi terwujudnya kemaslahatan pada anak dan ayah kandungnya, serta untuk terhidarnya perilaku-perilaku yang dilarang agama Islam.

Oleh sebab itu di dalam putusan tersebut hak asuh anak berada ditangan ayah, sebab di bawah asuhan ayahnya anak dapat dididik dan dibimbing atas kemaslahatan atau kepentingan anak, karena dari keadaan sosial, agama dan psikologisnya pada masa mendatang anak akan lebih terjamin dengan ayahnya daripada dipihak ibu yang dikarenakan murtad (Kristen) maka tidak berhak untuk menguasai anak secara sepenuhnya.

Akan tetapi apabila seorang ibu tetap berkeinginan mengasuh anak, maka sebagai seorang ibu harus bisa berhati-hati lagi dalam merawat, menjaga dan membimbingnya serta tanpa mengurangi hak-hak yang dimiliki anak. Karenanya anak merupakan amanah Allah yang harus dilindungi dan dijaga bagi semua orang tua, terutama melindungi agama anak dari kecil sampai ia dewasa.